

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2020/2021

LA CONSIDERACIÓN DE LOS LEGADOS PENALES EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO Y JUSTINIANO

CONSIDERATION OF LEGACIES BY WAY OF PUNISHMENT ON CLASICAL ROMAN AND JUSTINIAN LAW

AUTOR: D. Nicolás Madariaga Bolado

DIRECTOR: D. Antonio Mariano Mateo Sanz

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	3
Parte I: La figura del legado en la génesis del testamento	4
1.1 Las figuras primitivas del testamento	4
1.2 La mancipación como marco del testamento clásico	5
1.3 El testamento mancipatorio como conjunto de legados	5
Parte II: Las funciones del legado	8
2.1 El primitivo fin distributivo de los legados	8
2.2 El legado como liberalidad a terceros distintos del heredero.	
Clases de legado	8
2.3 Función de mejora del heredero; el prelegado	9
Parte III: Los legados penales	10
3.1 Concepto	10
3.2 El legado penal como legado condicional	11
3.3 Estructura del legado penal	12
3.4 Mandas testamentarias de carácter no penal	16
Parte IV: La derogación justiniana de la prohibición de <i>legare poena nomine</i>	20
4.1 La constitución del Código de Justiniano 6,41: la abolición de la <i>supervacua observatio</i>	20
4.2 El reflejo de CJ. 6,41 en los textos del Digesto	22
CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	26

RESUMEN

Este trabajo se centra en los legados, y especialmente aquéllos a título de pena. Esta figura ha creado mucha incertidumbre y lo que se pretende es intentar encontrar una definición de legado a título de pena (*poena nomine*), entender por qué fueron prohibidos durante la época clásica y por qué luego reinsertados en el ordenamiento justiniano. Para ello se analizarán estudios de diferentes romanistas sobre este tema y se intentará llegar a los elementos esenciales que crean tanta incertidumbre sobre esta figura. Concluiré respondiendo a la pregunta, ¿pueden ser aceptados hoy en día los legados a título de pena?

ABSTRACT

This work focuses on legacies, specially on those by way of punishment. This figure has created a lot of uncertainty and I will try to find a definition of legacy by way of punishment (*poena nomine*), and understand why it was forbidden in the classical Age and then reinserted in the Justinian Law. To investigate, I have analyzed studies of different Romanists about this topic and I will try to find out the essential elements which have created so much uncertainty around this figure. I will finish giving an answer to this question: Is it posible to dispose legacies by way of punishment in our present law?

Palabras clave/ keywords; Legado, testamento, pena, condición, Marchi, Gayo, Justiniano, Digesto, *poena nomine*, *penus*.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el estudio en profundidad de la figura de los legados empezando por su aparición en las figuras testamentarias más primitivas. Se focalizará en las disposiciones a título de pena; su traslación del derecho de obligaciones romano (antigua *stipulatio poena*) al derecho sucesorio; su estructura como condición en el testamento con perjuicio patrimonial al gravado; su estructura fundamental, su prohibición durante el derecho clásico, y concluirá con una reflexión sobre la posibilidad de la introducción de esta figura en el derecho sucesorio actual.

Para entender estas disposiciones a título de pena es necesario realizar un estudio sobre los legados, especialmente sobre la estructura de estos y el importante papel que cumplen en los testamentos desde su origen, en el derecho romano más arcaico.

El análisis de estas figuras se basará principalmente en dos artículos de investigación; el primero es un estudio del profesor Antonio Marchi¹, y el segundo

¹ MARCHI, *Le disposizione testamentarie a titolo di pena*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* «Vittorio Scialoja» 21(1909) 5-109.

un análisis de un texto de Africano en una obra de Álvaro d'Ors¹. Toda la fundamentación estará apoyada en diversos manuales de derecho romano, y fundamentalmente en las fuentes más importantes del mismo, haciendo hincapié en las instituciones de Gayo, que son, como veremos, la fuente que más información aporta acerca de la prohibición del legar a título de pena conocida por el derecho clásico romano y desaparecida con Justiniano.

Mi motivación para profundizar en este tema se debe a mi interés por el Derecho Romano, una materia que desde fuera puede parecer anacrónica, pero nada más lejos de la realidad ya que es de total actualidad y fundamental para entender la base sobre la que se funda todo el derecho civil moderno en lo que a Occidente se refiere. Gran parte de las figuras romanas en materia de derecho privado han sido trasladadas a la actualidad, algunas incluso sin apenas modificaciones (atendiendo obviamente al contexto). Mi intención en este estudio es concluir si las disposiciones penales podrían tener cabida en los testamentos actuales.

PARTE I. La figura del legado en la génesis del testamento

1.1 Las figuras primitivas del testamento romano

No se puede entender la figura del legado sin hablar primero del testamento; este acto unilateral supone un gran cambio en materia sucesoria, hasta entonces reducida únicamente a la sucesión intestada y sus variantes. El testamento supera la delación intestada y por primera vez encontramos un acto basado en la voluntad de quien ha de ser sucedido, pues es este un acto unilateral, y estrictamente personal.

El epítome de Ulpiano², una obra postclásica del Derecho romano que resume otras de época clásica acogándose a la fama de aquel jurista clásico, nos definen así el testamento como “atestiguamiento bastante de nuestra mente, hecho con solemnidad para que valga tras nuestra muerte”:

Ep. Ulp. 20.1: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valeat.

Este texto postclásico, que resume perfectamente lo que es el testamento, define lo que llegó a ser la institución en el derecho clásico, tras una larga evolución. En efecto, con el desarrollo del testamento, a la sucesión que podríamos llamar natural, en la que los hijos suceden a los padres –y que precisamente por tal carácter no necesitaba de una expresa declaración de voluntad del causante, en cuanto la propia posición de descendiente entraña la de heredero–, y que había sido expresamente

¹ D'Ors, *Las Quaestiones de Africano* (Roma 1997).

² La doctrina romanística ha discutido con diversos argumentos si esta obra postclásica, de la que no conservamos el título, resume un anterior *liber singularis regularum* de Ulpiano, o todo un *corpus* de obras de este autor, o si sería un epítome de obras de otros autores, como Gayo. Dependiendo de este discutido origen, se ha denominado la obra con distintos títulos, sea *Epitome Ulpiani*, *Tituli ex corpore Ulpiani* o *Ulpiani liber singularis regularum*. Extensamente trata sobre el tema MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani*. Storia di un testo (Camerino 1997).

reconocida por la ley de las doce tablas¹ (de donde resulta su denominación como sucesión legítima), se suma una sucesión basada en la voluntad de quien, previendo su muerte, decide quiénes han de ser sus herederos y cómo debe distribuirse su herencia.

Sabemos por Gayo que en la época más remota del Derecho Romano hubo dos formas primitivas de designar herederos en la que como novedad, no encontramos como sucesor al *heres* natural. Es muy posible que éstas hubieran sido formas permitidas a quienes no tuvieran descendientes que continuaran su familia natural, o los hubieran perdido. Esta circunstancia explicaría también el carácter solemne de estos actos, en cuanto su solemnidad ofrecía una publicidad de la designación que habría sustituido a los lazos de sangre –públicamente conocidos– de los herederos naturales. Las dos formas de testamento de la época arcaica son el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procintu*.

Gayo, 2, 101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*².

El primero se otorga ante los comicios *curiados*, celebrados dos veces al año, convocados mediante heraldos (*calatis*) y presididos por el *pontifex maximus*. El testador manifiesta ante los ciudadanos quiénes serán sus herederos y la distribución de sus bienes, manifestación que debe ser aprobada por los comicios. A destacar en el testamento *calatis comitiis* es la manifestación pública de libre voluntad del testador, si bien limitada por la aprobación de los comicios, y posible solo las dos reuniones de la asamblea que se celebraban anualmente, lo cual limitaba la efectividad de su celebración.

Por su parte, el testamento *in procintu* se da cuando el *paterfamilias* parte como soldado a la batalla, siendo este un testamento menos formal y únicamente realizado por su extrema urgencia³. Esto supone otro límite material, pues reduce la celebración de este testamento únicamente a tiempos de guerra.

Estos dos primitivos actos, de los que poco más sabemos que la escasa noticia que nos transmite Gayo, son la primera formalización de la voluntad de disposición de los bienes del testador a favor de herederos no “naturales”.

¹ Para el momento de ser promulgadas las doce tablas –451 a. C.– existía ya esta delación que recoge la ley como subsidiaria a falta de testamento, que es para esa época el testamento de legados del que después hablaré. RICCOBONO, en *Fontes Iuris Romani Anteiusustiniani*, I² (Florentiae 1968) p. 37s. ofrece la reconstrucción del dictado de la ley.

² “En un principio, hubo dos clases de testamento: o se hacía el testamento convocando a los comicios, los cuales se dedicaban dos veces al año a la confección de testamentos, o en «procincto», esto es, en pie de guerra, es decir, cuando se tomaban las armas para ir a la guerra; pues «procincto» se llama al ejército cuando está dispuesto y armado. Así, pues, aquel primero se hacía en tiempo de paz y de tranquilidad; el otro, cuando se iba a la batalla”. En la traducción de los textos de Gayo en este trabajo, sigo la de D’ORS, en DOMINGO (ED.), *Textos de Derecho Romano* (Pamplona 2002).

³ En época imperial, los militares gozaron de la facultad de realizar un testamento que se apartaba del testamento civil en cuanto se simplificaban muchos de sus requisitos. Este *testamentum militare* es el precedente del testamento militar de palabra ante dos testigos, recogido en el art. 720 de nuestro Código Civil.

1.2. La mancipación como figura formal generadora del testamento clásico.

1.3. El testamento mancipatorio como conjunto de legados

Las limitaciones de los testamentos *calatis comitiis* e *in procinctu*, que veían limitada su celebración al limitado tiempo de dos reuniones comiciales al año, o al azar de la existencia de una guerra, podían ofrecer, no obstante, la elección de un heredero conforme a la voluntad del testador en el marco de una comunidad política urbana. Sin embargo, a medida que Roma extiende su territorio por Italia, la nueva realidad territorial supuso una dificultad añadida para aquellos ciudadanos que no vivían ya en la Urbe.

Por esta razón, ya en época temprana veremos surgir una nueva forma de testamento, en concurrencia con las dos anteriores: el testamento por la solemnidad del metal y la balanza (*per aes et libram*), sujeto a la observancia de ciertas formalidades. El origen de este testamento radica en la antigua *mancipatio familiae*, un acto solemne por el cual aquel que viese cercana su muerte podía transmitir sus bienes a una persona de confianza (*emptor familiae*), que sería encargada del reparto de bienes a los *heres* al fallecimiento del mancipante:

Gayo 2, 102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur, qui neque calitis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur*¹.

El testamento libral surgió como una mancipación para disponer de bienes singulares en forma de *legata* (primera separación de bienes de la herencia para dación específica a persona ajena al heredero natural). El testador mancipaba *nummo uno* –esto es, recibiendo a cambio una moneda simbólica y no un precio real– su patrimonio a una persona de su confianza que habría de adquirir el conjunto del patrimonio y deberá ejecutar la voluntad manifestada por el testador en el acto mancipatorio: era éste el *emptor familiae*, cuya función de ejecución lo asemeja más a la figura del moderno albacea.

Siguiendo el modelo de la mancipación, ya usada anteriormente para transmitir los bienes principales del patrimonio romano, como las tierras, esclavos y animales de carga (que se denominaban por eso *res mancipi*), este *emptor familiae* afirmaba adquirir el patrimonio entero –la *familia*– del testador, y éste, mediante una *nuncupatio* o declaración oral formal realizada ante los testigos del acto –al menos cinco– y el encargado de pesar el metal que originariamente servía como dinero, iba

¹“Se añadió después una tercera clase de testamento, que se hace por el bronce y la balanza. En efecto, el que no había hecho testamento ni ante los comicios ni en pie de guerra, si se encontraba en peligro de muerte, vendía en mancipación su familia, o sea su patrimonio, a un amigo, rogándole que a su muerte repartiera los bienes como él dejaba indicado. Este testamento se llama por el bronce y la balanza por la razón de que se verifica por una mancipación”..

manifestando su voluntad sobre los distintos bienes que componían esa *familia* o patrimonio. El contenido declarado mediante esa *nuncupatio* para cada bien mencionado era una *lex mancipationis*, esto es, una limitación a la adquisición del *emptor familiae*, que deberá dar al bien mencionado el destino previsto por el testador. Estas *leges mancipationis* ya se usaban cuando la mancipación tenía el originario fin de transmitir la propiedad de una *res Mancipi*, como modo de limitar la adquisición de obtenía el bien¹.

De este modo, el genio jurídico romano aprovechó la estructura de un acto jurídico ya existente –referido a bienes singulares– para crear una transmisión que afectaba a todo un patrimonio, pero gravando al adquirente con una limitación, que le obligaba a entregar los bienes concretos sobre los que el testador se pronunció a las personas por él designadas. El testamento mancipatorio más primitivo fue un reparto confiado a un adquirente fiduciario; un testamento en el que la *lex* declarada por el testador sirve al propósito de repartir sus bienes. “*Legare*” se relaciona con ese *legem dare* para cada uno de los bienes de la herencia².

El testamento mancipatorio supone una venta ficticia, de manera que el testador a través de una *mancipatio*, pudiese designar rápidamente a un custodio, de confianza (*emptor familiae*) para el reparto de sus bienes. La *mancipatio* supone un elemento fundamental en este testamento.

Primero, es la figura que introduce la seguridad a través de la formalidad, es decir, que la solemnidad inherente a este acto garantiza el surgimiento de acciones. Segundo, permite disponer de los bienes individualmente y será la que introduzca la forma *legata* por primera vez. Las doce tablas parecen recoger este testamento mancipatorio mediante legados, y no se refieren ya –al menos hasta donde lo que de ellas conservamos permite saber– ni al testamento *calatis comitiis* ni al testamento *in procinctu*, que habían caído en desuso –según señalará Gayo 2, 103 –que citaremos a continuación–; sin embargo, adolecerá de un grave inconveniente: ¿qué sucede si no se dispuso de alguno de los bienes de la herencia –ya fuera por olvido o por haber sido adquirido con posterioridad a la realización del testamento–? Este inconveniente explicaría la evolución que experimentará este testamento por legados y que menciona Gayo:

Gayo 2, 103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quo per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat, namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat Mancipio, heredis locum optinebat, ut ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata reliquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*³

¹ Así, por ejemplo, podía con su declaración el transmitente reservarse el uso disfrute del bien, constituyendo así un usufructo o, en el caso de la transmisión de fincas, podía declarar una servidumbre sobre ella, que quedaba así constituida. El moderno derecho civil habla de “deducción” para referirse a esta forma de constitución de derechos reales con ocasión de la enajenación del bien gravado.

² En este sentido, D’ORS, *Derecho Privado Romano*¹⁰ (Pamplona 2004) § 300.

³ “Las dos primeras clases de testamento cayeron en desuso, y se ha conservado únicamente el que se hace por el bronce y la balanza. Pero hoy se hace de diferente manera que antes; porque

PARTE II: Las funciones del legado

2.1. *El primitivo fin distributivo del legado*

Los *legata* fueron así *leges privatae*, disposiciones particulares que consisten en la segregación de uno o varios bienes de la herencia encomendando a una persona de confianza su reparto. Se introducen por primera vez en el testamento mancipatorio, y si bien la persona de confianza comenzó siendo el *emptor familiae*, esta forma terminó por sustituirlo por el propio heredero.

El jurista clásico Modestino define el legado como una donación dejada en el testamento¹, mientras el jurista Florentino subraya que esta disposición supone una disminución o *delibatio* de la misma herencia², aunque la verdadera definición técnico- jurídica del legado es la de “negocio jurídico” en el cual se generan tanto derechos como obligaciones.

El legado, según el romanista Talamanca³, supone un negocio *mortis causa* equipado de efectos civiles con el cual se atribuye al legatario una cosa que es parte del compendio hereditario o bien se impone al heredero la obligación de dar algo al heredero u observar frente a él un determinado comportamiento.

2.2. *El legado como liberalidad a terceros distintos del heredero.*

Clases de legado.

La introducción de los *legata* dentro del testamento fue una innovación que supuso la libre disposición de bienes dentro de la masa hereditaria por parte del testador a favor de un tercero distinto al *heres*.

Gayo distingue los *genera legatorum* en base al *verba* usado y el objeto. Distingue entre cuatro:

antiguamente el comprador de la «familia», es decir, el que compraba por mancipación la familia al testador, era considerado como heredero, y por eso le mandaba el testador que a su muerte repartiera los bienes como él dejaba indicado; en cambio, hoy se instituye en el testamento un heredero que distribuya los legados y figura otro como comprador de la familia, por pura fórmula, para imitar el derecho de los antiguos”.

¹ D. 31, 36: *Legatum est donatio testamento relicta*.

² D. 30, 116 pr.: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*: Legado es la segregación de algo de la herencia por la cual el testador quiere que se atribuya a alguien algo de lo que en su conjunto va a ser del heredero. Seguimos la traducción de D’ORS Y OTROS, *El Digesto de Justiniano II* (Pamplona 1972).

³ Mario Talamanca, *Elementi di Diritto Privato Romano* (Milano, 2001)

- *Per damnationem*, forma “*damnas esto*”; prácticamente el más extenso, supone la atribución lucrativa que el testador impone al heredero a favor del legatario, obteniendo este un derecho personal y el primero una obligación de cumplirlo.
- *Per vindicationem*, forma “*do lego*”. Estos legados tienen carácter real y sobre objetos ciertos de la herencia. A diferencia del anterior, el legatario por vindicación puede adquirir directamente el bien legado sin intervención del heredero, obteniendo la acción reivindicatoria y la propiedad civil. Este tipo de legados solo pueden ser realizados por el testador si es propietario civil del bien en el momento de hacer el testamento y en el de su muerte.
- *El sinendi modo*, a través del cual el testador ordena al heredero que permita alguna ventaja sobre un bien de la herencia a favor del legatario, pero sin llegar a gravar dicho bien con una limitación real.
- *Per praeceptionem*, con función de mejora del heredero y entendidos como “pre legados”, en el sentido de que el beneficiario retira el bien afectado de manera previa al reparto de la herencia, que solo se proyectará sobre los bienes restantes¹³.

2.3. Función de mejora de los herederos; el prelegado.

Cuando concurrían varios coherederos, si el testador quería conceder a uno de ellos una mejora sobre la masa hereditaria podía aumentar su cuota, pero también podía atribuirle un bien específico recurriendo al prelegado. Para la existencia de esta figura, es fundamental la concurrencia de herederos, puesto que no tiene sentido instituir prelegatario y heredero por el todo al mismo tiempo.

La figura más común es el legado *per praeceptionem*, que sigue la forma “*L. Titius Stichum praecepito*”, y también conocido como prelegado. Antiguamente servía para que uno de los coherederos dispusiese de una cosa específica de la masa hereditaria antes de la propia partición de la herencia. Para los Sabinianos esta era una forma de prelegado que se hacía valer por *actio familiae erciscundae*². No obstante, los Proculyanos lo asimilaron a una forma especial del legado *per vindicationem*, pudiendo el coheredero reclamar mediante *rei vindicatio*.

El legado supone siempre una atribución patrimonial lucrativa, pudiendo existir una carga modal mínima. Según D’Ors, los legados varían en función del tipo de lucro y del móvil de la liberalidad. Son los legados prelegados los que tienen funciones especiales cuando sirven para mejorar a los herederos, según su objeto.

Con el impulso de los Proculyanos, en el siglo I d.c. el legado admite a una persona no heredera e incluso desheredada a través de un legado (vindicatorio) de

¹ En este sentido, D’ORS, *Derecho Privado Romano*¹⁰ (Pamplona 2004) §302 ss.

² La *a. familiae erciscundae* es una acción personal que poseen de forma recíproca todos los herederos y aquellos que quieran reclamar su parte de la herencia, siempre y cuando su condición de heredero no fuese impugnada.

usufructo, de renta vitalicia (*per damnationem*), el uso de una cosa o los servicios de un esclavo, dejarse el propio esclavo hereditario que el legatario prefiera (en forma de *optio*).

Cuando el testador quiere dar la propiedad de cosas, que el legatario ya tiene en cierto modo como suyas, como por ejemplo los peculios a los hijos, esclavos manumitidos en el testamento o los objetos muebles que la mujer tiene como suyos como regalos hechos por el marido durante el matrimonio, se utiliza la forma *per praeceptionem*¹.

Para este último caso, en virtud de la llamada presunción Muciana, creada por el jurista Quinto Mucio Scaevola, se entendía que todos los objetos poseídos por la mujer habían sido regalados por el marido. Servía así este prelegado para que las donaciones no revocadas por el marido fuesen convalidadas a su muerte, y para que, salvo prueba en contra, la mujer pudiese mantener sus bienes a la muerte de su cónyuge.

Pero sin duda la forma más eficaz de mejora del heredero es el prelegado, como instrumento por el cual aquel coheredero “aventajado” puede obtener algo directamente de la masa hereditaria.

PARTE III: Los legados penales

3.1. CONCEPTO

Una vez visto el legado como una liberalidad; es decir, como un acto de libre voluntad del testador para disponer de uno o varios bienes de la masa hereditaria a favor de un tercero que puede ser ajeno a la herencia, o no ser el *heres* natural, hay que prestar atención al papel del heredero gravado con la obligación de cumplir el legado.

En un derecho primitivo se crearon unas disposiciones que garantizaban el cumplimiento del legado por parte del heredero gravado; las disposiciones *poena nomine* (p.n.) que dieron lugar a los legados a título de pena (legados p.n.).

Es importante no confundir estas con la multa hereditaria; creada para garantizar el cumplimiento de las disposiciones dadas por el testador para su sepulcro, el culto, su honor y su descendencia. La multa hereditaria no fue regulada por las normas relativas a disposiciones testamentarias pues pronto excedió el derecho privado en favor del público.

En cuanto a los legados penales, sin existir una definición exacta, Gayo resalta como elemento fundamental un propósito coercitivo por parte del testador al cargado.

Gayo 2, 235: *Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari uidetur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat, aut non; uelut quod ita legatur: SI HERES MEVS FILIAM SVAM TITIO IN MATRIMONIVM COLLOCAVLERE, X (MILIA) SEIO*

*DATO; uel ita: SI FILIAM TITO IN MATRIMONIVM NON COLLOCAVERIT, X MILIA TITIO DATO...*¹

Gai 2, 236: Nec libertas quidem poenae nomine dari potest; quamvis de ea re fuerit quaesitum.

Gai 2,236: Tampoco se puede manumitir a título de pena. Aunque éste punto es discutido

Estos ejemplos y otros más (237, 243...) es donde Gayo habla de los legados a título de pena y subraya el objetivo coercitivo de estos. Justiniano y Ulpiano también hablaron de este propósito, pero el estudio sobre este tema es bastante limitado por la extensa prohibición que sufrieron los legados p.n.; prohibición que llena de incertidumbre esta útil herramienta en materia sucesoria y que se estudiará en profundidad más adelante.

3.2. El legado penal como legado condicional

Las disposiciones p.n. se entenderán como una verdadera clausula penal, a semejanza, casi idéntica, de la pena civil convencional, pero, ¿Cómo se estructura ésta? Bien, la antigua *stipulatio poena* era una importante herramienta en materia obligacional; al punto que acabó convirtiéndose en una cláusula habitual dentro de los contratos romanos. Su origen cree encontrarse en la antigua promesa judicial (*sponsio*)² con la cual quedaba condenado a título de pena a pagar una cierta suma de dinero.

Debió de considerarse que esta eficiente estipulación podría ser perfectamente trasladada al ámbito de las obligaciones contractuales, de forma que con ello se garantizase el cumplimiento de la obligación o que se fijase previamente la indemnización en caso de incumplimiento, entre otras ventajas. La prueba de su utilidad está en su actual aplicación en el derecho privado en la conocida cláusula penal de carácter indemnizatorio, presente en muchos de los contratos actuales (art. 1.153, CC).

Son varios los autores que definen esta figura, si bien todos coinciden en algunos elementos comunes; el primero, consiste en el pago de una suma de dinero (*poena*) si se incumple una obligación. El segundo, y más importante, es su carácter condicional, puesto que está sujeto a una circunstancia incierta y futura, en este caso, su cumplimiento¹.

Se hace fundamental el estudio de esta figura de la *stipulatio poena*, porque es muy probable que de la misma manera que se optó por introducirla en las

²La doctrina no es uniforme, aunque tradicionalmente se cree que el su origen parte de esta promesa judicial. Sobre el origen de la *stipulatio*, BIONDI, *Contratto e stipulatio* (Milano 1953).

obligaciones contractuales, también ocurriese en materia sucesoria. Así se puede entender esta verdadera clausula penal de origen casi idéntico a la estipulación civil, y con un importante carácter condicional (está sujeta a un acontecimiento).

Así pues, podemos definir el legado p.n. como un legado con una disposición condicional, que implica que si se da un cierto hecho (cumplimiento o incumplimiento de la manda) el gravado sufrirá la imposición de una pena, que supondrá siempre un perjuicio de carácter patrimonial. La pregunta ahora es, ¿Qué tipo de condición es esta? ¿Estará permitida/prevista en las fuentes? Estas dos preguntas son fundamentales para entender el por qué de la extensa prohibición de los legados p.n.

Bien, en el Libro XXXV del Digesto, Título I, apartados 1 y ss., Justiniano recoge las instituciones del heredero previstas ya por Gayo, diferenciando entre puras (sin ninguna circunstancia modificativa), condicionales (sujetas al acaecimiento de un hecho incierto y futuro), a término (sujetas a una circunstancia futura pero cierta), modales (cuya ejecución debe darse de una forma determinada) y causales (basadas en un acontecimiento pasado)¹⁹. En lo que respecta a la condición, se prevé como no puesta la condición imposible, aquella hecha en contra de las leyes físicas, las leyes del Estado y las buenas costumbres (definición actual de condición imposible, art. 1116, CC)³. La clausula penal no supone una disposición condicional de este grupo, puesto que su cumplimiento, en principio, es perfectamente realizable o viable.

Entendemos pues que se trata de una disposición condicional posible, afirmativa o negativa ya que puede tratarse de un hacer o abstenerse, encajando así con aquellas figuras aceptadas por Gayo y Justiniano. También puede considerarse lícita, si bien más adelante entraremos en debate sobre qué encaja dentro de los estándares de la licitud.

3.3. Estructura del legado penal

La escasez de referencias explícitas en las fuentes hace difícil crear una estructura precisa de esta figura, si bien las semejanzas estructurales con la *stipulatio poena* nos permiten destacar elementos comunes a ambos.

El primero, se puede extraer del apartado 235 de las Instituciones de Gayo [Gai, 2, 235; (...) SI MI HEREDERO NO CASARE (...)], citado con anterioridad, donde el jurista, al referirse a los legados inválidos menciona expresamente aquellos a título de pena, refiriéndose a estos como legados en los que se exige un comportamiento al heredero. También menciona disposiciones que pueden entenderse penales en el 237, al invalidar el nombramiento de tutor a título de pena, y en el 236 sobre la venta de un esclavo.

¹ Sobre el carácter y naturaleza de la *stipulatio poenae*, GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho Privado Romano* (Valencia 1999) §59.

¹⁹ En el Título I, Libro XXXV del Digesto se recogen todas aquellas disposiciones referente a condiciones, términos y cargas modales impuestas en el testamento.

³ Art. 116 C.C.: Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

El primer elemento fundamental, mencionado con anterioridad es el carácter condicional. No cabe duda y hay unanimidad en que los legados penales están sujetos a un hecho (comportamiento del gravado), futuro (en cuanto se concibe como posterior a la muerte del disponente) e incierto (se puede dar o no). El legado condicional estaba permitido y la condición posible y lícita era válida, si existiese un legado con una disposición penal, entendida como condición lícita y posible ¿por qué debía imponerse una prohibición sobre este?

Pero, dado que la jurisprudencia clásica, según conocemos por los textos de Gayo, estableció esta concreta prohibición de este concreto legado condicional –en virtud del cual se imponía un legado sobre el heredero que no realizase algo que le ordenaba el testador– parece que el problema podría radicar en el tipo de condición, la cual algunos jurisconsultos definieron como puramente potestativa y suspensiva. En el primer caso decimos que son puramente potestativas las que dependen de la voluntad de una de las partes siendo mixta si depende de ambas o de un tercero. El art 1.115 de nuestro Código Civil prohíbe explícitamente las condiciones puramente potestativas anulando toda obligación sujeta a la voluntad de una de las partes, pero ya en el derecho romano parece que se prohíben estas condiciones meramente potestativas de carácter suspensivo, y podemos entender por qué no se puede dejar el cumplimiento de una obligación al arbitrio de una de las partes, en el caso de los legados penales, al sujeto pasivo, el heredero.

¿Por qué es importante el elemento del arbitrio? En una *stipulatio poenae* la pena impuesta no deja de ser una cláusula fijada por las partes. El hecho de que esté pactada es fundamental porque implica que ésta puede servir como elemento coercitivo y sobre todo resarcitorio, es decir, el estipulante queda satisfecho en caso de incumplimiento del promitente. Pero un legado es una “orden” para el heredero, que tiene la obligación de cumplir, dejar al arbitrio de este el cumplimiento o no del mismo, ¿acaso no rompe con el propio objeto del legado?

En mi opinión sí, puesto que este solo debe asumir la obligación o repudiar la herencia, con todos sus legados, para no tener que cumplirla. No obstante, éste podría ser uno de los motivos de la prohibición, no es el de mayor interés para mi estudio, si bien debemos usarlo como nota orientativa para el tema central de este trabajo.

Otro elemento a tener en cuenta es el poder coercitivo, inherente a todos los legados, contratos, estipulaciones... que tengan una cláusula penal. La lógica de imponer una pena (un castigo), nace del perjuicio que causa en este caso a un legatario (el beneficiario de la pena) el incumplimiento de una manda a un heredero. La duda que surge es, si el testamento en sí es una forma de beneficiar a una o varias personas como consecuencia de la muerte de un causante, y el legado no debe perjudicar nunca al que lo recibe (si bien puede existir una carga modal mínima), ¿por qué debería perjudicar al que lo cumple?

En realidad el legado no deja de suponer una manda para el heredero, que se sobreentiende que es una persona de confianza, como por ejemplo lo fue el *emptor familiae* en los testamentos más primitivos, pero el fundamento más esencial del legado no es ése, sino que en virtud de la voluntad dispositiva del causante, una persona ajena a la herencia pueda beneficiarse recibiendo, a través de esta “obligación” del heredero, uno o varios bienes.

Teófilo transformó esta reflexión en uno de los fundamentos jurídicos de la prohibición (*Paraph. 2,20 s 36*), en la cual no entiende el por qué de cargar a una persona que en realidad no debe ser más que un mero intermediario. Podríamos apoyarnos en él porque si el objetivo es garantizar el cumplimiento de una manda puede ser útil el uso de una pena como garantía (resarcitoria) del cumplimiento, pero... ¿por qué coercitiva? ¿por qué gravar al heredero por un hecho ajeno a la herencia (casar a su hija) con una parte de su herencia? ¿por qué no nombrar un responsable de la gestión testamentaria como lo fue en el antiguo testamento mancipatorio el *emptor familiae* o como lo es hoy en día el albacea?

En mi opinión así debería hacerse, lo más característico de la cláusula penal es su función garantista y resarcitoria, ya que la pena coercitiva cumple su función, por ejemplo, en el derecho penal.

Pero, en el derecho civil y más concretamente en el sucesorio, ¿por qué hacerlo en un negocio jurídico como el legado, cuya obligación es impuesta a todo heredero que acepta la herencia?

Más allá, el propio Gayo funda la invalidez de estos legados, a título de pena, en la inadmisibilidad de este poder coercitivo en un legado. Dice;

Gayo, 2,243: *Cetera vero, quae supra diximus, ad legata proprie pertinent. Quamquam non inmerito quibusdam placeat, poenae nomine heredem instituti non posse: nihil enim intererit, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid, aut non fecerit, an coheres ei adiiciatur; quia tam heredis adiectione, quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat*

“Todo lo dicho anteriormente atañe, en rigor, a los legados, por más que algunos opinan, con razón, que tampoco se puede hacer institución de heredero a título de pena. En efecto, lo mismo que se ordena al heredero dar un legado en el caso de hacer o no hacer algo, así también se podía añadirle un coheredero, porque tanto con la adición de un coheredero como con la entrega del legado se induce al heredero a hacer o dejar de hacer algo en contra de su voluntad”.

Y así es, el legado penal no deja de ser una obligación para el heredero, que bien puede aceptando la herencia, aceptar también el cumplimiento de un legado bajo condición, pero, en mi opinión, no debe ser esta una “obligación sobre la obligación”.

No obstante, si nos remontamos al objeto fundamental del testamento, desde sus más primitivos inicios (*testamentum calatis comitiis, in pro cinctu, per aes et libram...*) hasta el día de hoy (art. 667 ss., C.C.) éste es garantizar la libre voluntad dispositiva del testador, y el legado no es menos. Así que ¿por qué no ejecutar un legado según la voluntad del testador? Bien, no cabe duda de que esta libre disposición sobre sus bienes no puede ser objeto de crítica, pero el legado penal abre la puerta a una reflexión, ¿puede estar intentando el testador con esta figura dirigir la conducta o la voluntad de sus herederos, especialmente sus descendientes, a través de penas testamentarias consistentes en la reducción del caudal hereditario que corresponde a los hijos? Formulada la pregunta más adelante se profundizará en esta importante reflexión.

El último de los caracteres esenciales del legado penal es el perjuicio patrimonial. Este es el elemento más básico e inherente a una pena civil, sea cual sea su ámbito. Marchi hace una importante diferenciación entre la condición causal y la potestativa, propia de los legados *poena nomine*; para él, “*el perjuicio supone bien la pérdida de*

una cosa, la restitución o la disminución de un posible beneficio” y es éste el carácter fundamental de una condición potestativa pues en las causales, si se da el hecho, la causa, el afectado “ni pierde ni gana” y su patrimonio sigue intacto.

La pregunta es ¿cabe gravar a un heredero bajo pena de causarle una disminución o una lesión en su patrimonio? En la *stipulatio poena* el perjuicio es la garantía de la propia estipulación y su fundamento último, ya que de no existir, nada impediría incumplir la obligación.

No obstante, el derecho romano clásico y el más primitivo fue siempre tendente a proteger a los herederos, desarrollando límites a la “libre disposición” del testador. La primera de estas leyes la *lex Furia*, que limitaba los legados a 1.000 ases, a excepción de parientes cercanos, y concedía una *manus iniectio* al heredero sobre cualquier legado que excediese esta cantidad.

Posteriormente, la *lex Voconia* limitó la herencia a un valor siempre menor que el de los herederos.

No obstante, fue la *lex Falcidia* la que incluyó las mayores innovaciones en materia de límites testamentarios, introduciendo la denominada “*cuarta Falcidia*”, que supone la reserva de una cuarta parte de la herencia al heredero. Esta figura impide que cualquier disposición que grave al heredero exceda este límite de la cuarta, incluidos los legados, pues en caso de que la suma de estos exceda la cuarta, quedan reducidos proporcionalmente.

Todo este desarrollo normativo en materia de limitación de los legados recalca este interés del jurista romano en defender la figura del heredero con una intención, que ha quedado unánimemente clara; que el testamento no quede sin heredero, sin persona que reciba la herencia y que pueda cumplir los legados pudiendo dejar estos sin efecto alguno, porque, ¿qué interés tendría un heredero en aceptar un testamento, cargado de legados, en el que no obtuviese ningún beneficio sino solo obligaciones?

En mi opinión no tiene cabida pensar que el gravamen es uno de los fundamentos de la prohibición puesto que la cuarta falcidia, al poder reducir los legados, también podría haber detraído todas aquellas disposiciones que en ellos se encontraban y que supusieran un excesivo perjuicio.

Así pues, una vez estudiada la estructura de los legados penales deberíamos destacar dos aspectos de la estructura de estos legados para encontrar un posible fundamento a esta prohibición de las disposiciones a título de pena.

El primero es la circunstancia de que introducen una condición puramente potestativa para el heredero que el derecho clásico había prohibido. En mi opinión, en términos contractuales, es absolutamente contradictorio que en una obligación recíproca, ya pactada, se deje el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, acaso esto, ¿no rompe con el fundamento más básico de una relación contractual?

En los legados esto se agrava ya que, como hemos visto con anterioridad, se basa en la garantía de que el testador disponga libremente (dentro de los límites legales) de sus bienes, estableciendo las pautas de cómo deben cumplirse y de quien debe cumplirlas. La garantía queda rota cuando se deja al arbitrio del heredero su cumplimiento, pues aquí se da un vuelco, siendo la voluntad de éste, que no deja de ser un obligado, la que entra en juego. Esta figura debería ser un trámite; un heredero

que cumple el papel de un mero agente, no debe ser quien marque “las reglas del juego”.

Asimismo, el elemento del perjuicio patrimonial, dentro de los límites de la cuarta Falcidia, es una útil herramienta del cumplimiento, la duda está en la base de la que parte esta pena; ejercer un poder coercitivo sobre el heredero, ya que, ¿por qué debe existir en un legado una coacción sobre el heredero? Gayo lo afirma sin duda en el 243, destacando que no se puede hacer actuar a un heredero contra su voluntad.

El legado en sí es una manda, un “encargo” que el heredero debe seguir al pie de la letra para que la transferencia de la posesión y propiedad de un bien parte de la herencia a un tercero sea efectiva, y el heredero no debería convertirse en protagonista del legado convirtiéndole en el núcleo del legado.

En el ejemplo del 235 de Gayo, éste invalida la disposición del testador en la cual obliga al heredero a casar a su hija con Ticio bajo pena pecuniaria.

Tras este estudio tal vez Gayo lo anule porque el objetivo real de este legado sea que el poder del testador, normalmente el *paterfamilias*, siga existiendo después de fallecido éste, y, si bien estudiamos que la condición estructuralmente era lícita, ¿es acaso lícito que un testador o por ejemplo, un padre, condicione el comportamiento de un hijo una vez fallecido el primero? Hoy bien sabemos que no, pues por ejemplo, la promesa de matrimonio, si bien no se considera ilícita, es considerada no vinculante (arts. 42 y 43 C.C.).

Pero en la antigua Roma era distinto, y la figura del *paterfamilias* era fundamental en materia de control, pues la propia figura era el núcleo sobre el que se desarrollaba la familia, ¿por qué iban a limitar su poder de control sobre los hijos?

Puede que para el jurista romano prevalezca la voluntad privada sobre la voluntad de un padre, y parece que así lo demuestra incluyendo mecanismos como la cuarta Falcidia para el heredero, o la presunción Muciana para la mujer, entre tantos otros.

En mi opinión los romanos evolucionaron mucho, y si bien no dejaron de velar por aspectos tan importantes en su sociedad como la figura del padre, la familia, la política... puede que pretendiesen crear equilibrios entre estos y las relaciones económicas y jurídicas, un pilar también fundamental dentro de Roma. Es evidente que la mejor herramienta que tenían para ello era el derecho, en el que creían ciegamente.

3.4. Mandas testamentarias de carácter no penal

Dentro de las disposiciones *mortis causa* encontramos varias que no asumen un carácter penal, por lo menos no en el sentido en el que lo hace las disposiciones *poena nomine*. Debemos atender especialmente a dos; el legado de la *penus*, y el legado de alimentos.

Ambos legados consisten fundamentalmente en prestaciones de dar *post mortem* del causante, a cargo del heredero y en favor de descendientes y ascendientes,

mujeres, libertos... sujetas al pago de una suma de dinero en caso de no dar los alimentos o las provisiones establecidas en el legado.

El legado *alimentorum vel cibarium* consiste básicamente en un legado de alimentos y nace generalmente de una relación de parentesco, si bien se ha ido extendiendo su uso a otras figuras.

Su regulación se encuentra en el título tercero del libro veinticinco del Digesto, donde encontramos que Justiniano lo describe como un deber a cargo del heredero de dar al beneficiario (generalmente un pariente) periódicamente una cantidad *certa* de alimentos o bien una suma, también *certa*, de dinero. Si bien el análisis más profundo no se hará sobre este legado, es importante el carácter resarcitorio que tiene esa suma de dinero en caso de incumplimiento de la prestación.

El legado de la *penus* (D. 33, 9 y 36, 2), se conoce como un legado de provisiones, en virtud del cual el heredero debe permitir que el legatario se aprovisione de la despensa (*penus*) de aquél.

La traducción literal y más primitiva de la *penus* es la provisión de boca, y consiste en las provisiones más básicas dedicadas al sustento. El *paterfamilias* legaba lo necesario para el subsistir de la familia, si bien posteriormente fue diversificando sus objetivos. Tanto no como otro solían disponerse complementando el legado de alimentos o de despensa mediante una disposición complementaria por la que se obligaba al heredero a dar una cantidad de dinero determinada si no entregaba los alimentos o la *penus*¹.

Es importante la mención de estas dos formas de legado, porque suponen mandas en las cuales se pretende que el heredero cumpla una prestación periódica compeliendo su cumplimiento mediante el establecimiento de un legado condicional de entrega de cantidad bajo condición de que aquella prestación periódica se incumpla. Pese a ello, estos legados, que podían llevar a la condena del heredero incumplidor a una cantidad prevista por el causante nunca fueron consideradas disposiciones penales, ni fueron, por ello, prohibidas. ¿Cuáles pudieron ser las características o los elementos que permitieron existir a estos legados?

La regulación del Digesto es amplia en estos campos y de ella se pueden extraer una serie de elementos, podríamos decir, comunes.

El primero es la fungibilidad de los bienes de los que se pretende disponer con estas disposiciones. En el legado de alimentos habla tanto de alimentos en sí, como de los envases que se adhieren por accesión, bebidas, bienes destinados a un solo consumo, ya que el objeto de estos legados es la “manutención” de la mujer, hijos, nietos... y aquí radica la importancia de esta fungibilidad. En los legados penales encontramos un comportamiento en el cual no se consume sino que despliega efectos permanentes en el tiempo.

El segundo elemento es la naturaleza de ambas formas. Tanto el legado de alimentos como el de la *penus* tienen un carácter de *dare*, si bien parece que este se refuerza en el segundo.

¹ Sobre este especial tipo de legado, SÁNCHEZ COLLADO, *De penu legata* (Madrid 1999).

Marchi en su estudio intenta justificar que este legado fuese permitido en base a ese *dare*, afirmando que en los textos de Gayo referidos a los legados *poena nomine*, la pena depende del incumplimiento por parte del heredero de un *facere* que el testador espera de él. Puede que esta distinción que hizo Marchi no fuese tan desencaminada y que la clave para entender esta prohibición clásica del legado penal, y la admisión, en cambio, del que obliga al heredero a dar al legatario una cantidad si no permite al éste aprovisionarse en la *penus* o despena del heredero, tenga relación con esta distinta naturaleza de *facere* o *dare* del objeto que uno y otro legado imponen.

Pues bien, en este tipo de disposiciones nos encontramos con la obligación de que el heredero disponga de X cantidad de la herencia, para entregársela a un tercero, y su conducta o su papel en el legado terminan allí; en los legados penales, por el contrario, la orden de hacer algo –por ejemplo, casar el heredero a su hija con determinado varón– se convierte en el núcleo del legado, que depende de la voluntad, comportamiento,... del heredero, que se verá obligado a pagar una cantidad del dinero que le corresponde de la herencia en caso de incumplimiento.

Podríamos concluir que en los legados de alimentos y provisiones el bien del que pretendemos disponer se encuentra en la herencia, y así, el heredero que no entregue la *penus* podrá entregar dinero de la herencia. El testador ofrece de esta manera al heredero la posibilidad de entregar un bien u otro de los que componen la herencia. En el legado penal, en cambio, la voluntad del testador se dirige a presionar la voluntad del heredero hasta forzarle a realizar un acto que no podría realizar el testador, mediante el recurso a gravarle con el legado si no lo hace.

El segundo elemento común a estos legados es la opción, pues ciertamente tanto al heredero como al legatario en el caso de los alimentos (D. 33, 9, 2 y ss.) se les ofrece la opción de una cantidad de dinero.

Cuando hablamos del arbitrio en los legados penales pensamos hasta qué punto es correcto permitir al heredero escoger la forma de cumplir o incluso el propio cumplimiento en sí, pero en estos legados que podríamos considerar incluso de opción, el hecho de que el heredero o el legatario escojan una de las opciones que se les ofrecen en el propio legado no modifican ni el fin ni el fundamento ni la esencia del mismo, sino solo su objeto, y materialmente, porque se sustituyen alimentos por una suma de dinero, pero el objetivo sigue siendo el mismo, la manutención de determinados sujetos.

Aquí encontramos una divergencia entre las dos formas, pues en el caso de los legados de la *penus* en realidad sí que se pretende resarcir un incumplimiento o bien una mora. Pero, si podemos considerar esta cantidad de dinero como una pena, ¿qué diferencia encontramos con las disposiciones *poena nomine*?

En el legado de provisiones la pena únicamente tiene como objeto que si el beneficiario de ese legado no pudiese disponer de las provisiones previstas por un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso por parte del heredero, deba éste resarcir disponiendo de una suma de dinero prevista en el legado para cubrir la falta de provisiones. Esto quiere decir que el heredero es solo un agente dentro de la ejecución del legado y que podría haberlo “cumplido cualquiera” sin que el objeto del mismo hubiese cambiado lo más mínimo.

Pero las disposiciones *poena nomine* van directamente al heredero, que se convierte en un protagonista involuntario dentro del legado ya que el testador le

obliga a llevar una conducta que depende exclusivamente de él. Como claramente demuestra Gayo en el 235 y ss.; dar en matrimonio, dar la libertad, designar un tutor... a título de pena. Como se ha desarrollado en la página 9, el fundamento de un legado es la libre disposición de bienes y no el “control parental” sobre los descendientes.

Además, la “pena” de los legados de provisiones y alimentos es mucho más efectiva y tiene, en palabras de Marchi, esencia de un “doble legado”, es decir que el objeto principal del mismo (provisiones/alimentos) puede variar perfectamente por otro ya previsto en el propio legado (suma de dinero) de forma que el legado pueda cumplir su propósito de forma efectiva sin que el objetivo fundamental varíe (manutención). Se acerca mucho más al concepto de clausula penal de los contratos civiles actuales que aquella cuyo último objetivo es constreñir la voluntad del heredero.

Concluyendo, podríamos afirmar que los legados de alimentos y provisiones, contienen verdaderas cláusulas penales, pero no con el mismo carácter que aquellos legados *poena nomine* que fueron prohibidos por la jurisprudencia clásica; En primer lugar, porque en los primeros la pena cumple la función de resarcimiento o de “garantía del cumplimiento” mientras que los legados penales, si seguimos nuestra reflexión, tienen una última función de controlar al heredero o de obligarle, en contra de su voluntad, a realizar un acto que el testador desea, bajo pena de que su parte de la herencia sea reducida en favor de un tercero.

Surgen estas preguntas, ¿existen penas distintas dentro de los legados? ¿si es así, cual es la correcta?

Estas dos preguntas son de suma importancia puesto que una vez analizada la estructura de estas mandas de carácter penal y, supuestamente, no penal (legados de provisiones y alimentos), podríamos entender que efectivamente existen dos penas, y, si bien son aparentemente pecuniarias, el objetivo de una puede ir en contra de los usos y las buenas costumbres.

Si bien en el estudio de la condición de los legados a título de pena llegábamos a la conclusión de que ésta no es “formalmente” ilícita, también decíamos que el controlar la voluntad de un descendente, no es ni mucho menos lícito, y, de hecho, la conclusión fue que los legados penales eran una forma de que el *paterfamilias* pudiese ejercer un último control sobre sus descendientes.

Los juristas romanos nunca han querido que un concepto sea jurídicamente ambiguo, y si nos paramos un momento, ¿qué es más correcto, una pena civil que pretende que aquel que no cumple un legado de dar un bien o parte de un bien, indemnice por incumplimiento, o una pena que pretende extender el control del causante sobre sus herederos más allá del fallecimiento?

Parece que la tendencia por la que se está optando en este estudio no es la única ni la primera. Dentro de aquellos detractores de Marchi, en esta diferenciación del *dare* o del *facere*, encontramos a Grosso, que, tras un estudio de los fragmentos de libros de Juliano, Marcelo y Ulpiano en el Digesto, concluye que el problema es el

uso de una disposición a título de pena como una amenaza al heredero, que en caso de hacer o no hacer, corre el riesgo de pagar con una parte de su herencia¹.

Con la reflexión de Grosso, pretendo reforzar mi conclusión sobre el porqué de la prohibición, y recalcar que si bien en el ámbito penal tiene perfectamente cabida una disposición cuyo objetivo sea coaccionar, disuadir a alguien de llevar a cabo una determinada conducta, en el ámbito testamentario civil no tiene cabida que sin previo pacto se pueda obligar a alguien a llevar a cabo un *facere* o *non facere* en contra de su voluntad, bajo la amenaza de ver un beneficio que le corresponde por derecho (la herencia) disminuida.

No obstante, en la siguiente parte se estudiará la derogación en época justiniana de la prohibición.

PARTE IV: La derogación justiniana del *legare poena nomine*.

4.1. La constitución del Código de Justiniano 6, 41: La abolición de la *supervacua observatio*.

La complejidad de encontrar fuentes que arrojen algo de luz sobre el por qué de la prohibición, tiene su origen en el único punto del Título XLI del Código Justiniano donde se deroga la prohibición, siendo explícito en que esto se extiende a cualquier “*antigua ley*” que recoja una limitación o un veto a legar a título de pena.

C. J. 6, 41: *Supervacuam observationem veterum legum, per quam testatorum voluntates ad effectum duci impediabantur, amputamus, praecipientes, nullum valere dicendo, poenae nomine quaedam esse relicta vel adempta in supremis testantium voluntatibus, ea infirmare, sed licere testanti pro implenda sua voluntate vel pecunias dari praecipere, vel aliam pecuniariam poenam inferre, quibus voluerit, tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommissis, vel libertatibus, quam in praecipiendo, ad alias personas ea transferri ab eo, qui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis heres vel legatarius vel libertate donatus paruerit. Quod si aliquid facere vel legibus interdictum, vel alias probrosum, vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno, etiam neglecto testatoris praecepto, servabitur.*

¹ GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale* (Torino 1962) p. 48: Orbene sia colla costruzione de Paolo, sia con quella di Giuliano, Marcello e Ulpiano, si fa capo sostanzialmente ad un’alternativa accordata all’erede, o nella forma di “*facultas in solutione*” o nella forma di condizione, che l’erede può adempiere o meno... Si riscontra cioè nell’ipotesi piuttosto questa potestà dell’erededi prestare la “*penus*” o la somma, che non la comminazione di una penale per fare prestare la “*penus*”.

C. J. 6,41: *Suprimimos la inútil observancia de las antiguas leyes, por la cual se impedía que se llevaran a efecto las voluntades de los testadores, mandando, que algunas cosas fueron dejadas o quitadas a título de pena en las últimas voluntades de los testadores, nadie puede invalidar aquellas cosas, sino que sea lícito al testador u ordenar que para cumplir su voluntad se dé dinero, o imponer otra pena pecuniaria a quienes quisiere, tanto al revocar herencias, o legados, o fideicomisos, o libertades, como al disponer que estas cosas sean transferidas a otras personas por aquel a quien en un principio se le dejaron, o que por el se de algo a otros, si el heredero, o el legatario, o aquel a quien se le hizo donación de la libertad no hubiere obedecido sus disposiciones. Mas si a alguno de ellos se le hubiere mandado hacer alguna cosa o prohibida por las leyes o de otro modo reprobada, o aun imposible, en este caso se mantendrá la liberalidad sin ningún quebranto, aun habiéndose desatendido la disposición del testador¹.*

El Código de Justiniano, pilar fundamental en el derecho de Occidente, y donde se toma este título, no hace un desarrollo extenso de la derogación de la prohibición de los legados a título de pena (le dedica un único párrafo), esto puede ser debido a que es una derogación total (implica la abolición de cualquier disposición normativa relacionada con esta materia) y porque la dificultad de la compilación justiniana, tarea que se llevo a cabo en poco tiempo y no con especial minuciosidad, impide un desarrollo amplio de materias como esta que podríamos calificar como “secundarias”.

Con todo, la disposición derogatoria de la prohibición de legar a título de pena que contiene esta breve constitución contiene datos muy interesantes sobre el alcance que llegó a tener tal prohibición, no sabemos si en época de Gayo o por el desarrollo posterior del principio *poena nomine inutiliter legatur* que abría el texto de Gayo 2, 235. Así, Justiniano nos informa que llegó a concebirse como disposición penal que pudiera forzar la voluntad del heredero la *ademptio legati* o la *translatio legati*. En virtud de la primera, se dispone un legado a cargo del heredero, y se dispone igualmente su revocación condicionándola a que el heredero realice el acto previsto por el testador, lo que en la práctica viene a ser como una imagen “en negativo” del legado penal. En la *translatio*, se ordena un legado que grava sobre un determinado heredero, y se dispone el traslado de esa carga a otro heredero si éste último no realiza lo que pretende el testador.

Gayo no se refiere en sus Instituciones a esta revocación, ni al traslado del legado *poena nomine*², lo que hace sospechar que este estas formas de disposición a título

¹ Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Barcelona 1892, reimpr. Valladolid 1988).

² Sí menciona –Gayo, 2, 236– la institución de heredero a título de pena, y la manumisión a título de pena, con la que la voluntad del heredero intentaba forzarse disponiendo una manumisión –con la consiguiente pérdida patrimonial– si el heredero no cumplía lo pretendido por el testador. Justiniano menciona la revocación de la libertad a título de pena. Gayo 2, 243 menciona también la institución de heredero a título de pena, por la que el testador condicionaba la adición de un heredero, que

de pena pudieron aparecer con posterioridad, buscando enmascarar el efecto penal, pero fueron identificadas igualmente como penales –y con ello prohibidas– por la jurisprudencia.

Hay otros puntos de este título de especial interés y sobre los que se debe reflexionar para llegar a plantearnos cuál pudo ser la razón por la que Justiniano derogó el principio clásico que prohibía las disposiciones testamentarias a título de pena.

En primer lugar, se debe subrayar la supresión de la <<*supervacua observatio*>> u <<*observancia innecesaria*>> de todas aquellas disposiciones en materia de prohibición de *legare poena nomine*, una derogación expresa pero sobre la cual no se hace un desarrollo posterior, más allá de la recopilación “*SOBRE LO QUE SE DEJA EN CONCEPTO DE PENA*” en el Título VI del libro 34 del Digesto de textos de Africano, Juliano, Marciano y de un rescripto de Severo y Antonino (D.34,6) y sobre lo que se profundizará en la siguiente parte.

El segundo elemento al que hay que atender, como en toda derogación, son las consecuencias de la abolición de la prohibición; la primera, implica que toda norma limitativa o prohibitiva de *legare poena nomine* queda invalidada, con efectos *ex nunc* (Justiniano no advierte que tenga efectos retroactivos), y despliega un abanico de nuevas posibilidades en materia de legados.

Utiliza el fundamento de que cualquier obligación lícita o posible, que imponga una pena pecuniaria por incumplimiento, es válida, independientemente de la obligación que se imponga (siempre que cumpla los requisitos).

Durante este trabajo cuando hablábamos del fundamento de la prohibición, advertíamos que uno de los motivos podía ser el hecho de que un legado no puede ser coactivo, ni estar basado en una “amenaza” que cohiba al heredero a hacer o no hacer algo, pero Justiniano con esta derogación parece dar a entender que las disposiciones penales no son más que una extensión de la libre voluntad del testador.

Y parece ser que Justiniano siguió la tendencia del derecho imperial de ampliar la voluntad del testador.

4.2 El reflejo del CJ. 6, 41 en los textos del Digesto

El Digesto, como la “gran codificación” del derecho romano en época imperial, recoge todas aquellas disposiciones de los grandes jurisconsultos que tenía verdadera eficacia práctica en la época. En materia de liberalidades, y especialmente de qué podía disponer o no el testador en los legados y especialmente en los recién “reinstaurados” legados a título de pena, el Título XLI del Código, tiene una serie de consecuencias prácticas.

Antes de hondar en algunas de ellas hay que insistir en que la dificultad del estudio de la prohibición de los legados penales es en gran parte debida a esta derogación de

mermaría con su cuota el caudal del heredero ya instituido, a que éste no realizase el comportamiento esperado por el testador o realizase el que se le prohibía.

Justiniano, que al invalidar las “*veteres leges*” o “*leyes antiguas*” provoca que muchas de las fuentes en esta materia queden perdidas en el tiempo, sobreviviendo sólo las Instituciones de Gayo (2,235 ss) y algunos textos aislados de juristas clásicos.

No obstante, la derogación supone un cambio trascendental para entender la evolución en materia de legados. El propio Marchi dedica un capítulo de su estudio a reflexionar sobre el cambio de pensamiento en el derecho imperial; la mayor libertad del testador en materia de disposiciones dentro de los legados, el desarrollo de la caución impuesta al legatario y la imposición de la supervisión judicial del cumplimiento de la voluntad del testador, entre otras.

Pero sobre todo destaca una clara y perceptible diferenciación entre el derecho clásico y el nuevo derecho imperial;

Pág 71, cap III,2: (...) mentre prima una disposizione testamentaria in tanto poteva avere giuridica protezione, in quanto la legge avesse dato al testatore la facoltà di inserirla nel testamento, ora, in omaggio alla voluntas testantium, qualsiasi disposizione scritta dal testatore deve osservarsi, purchè non sia turpe o espressamente vietata dalla legge (...).

[Marchi, *le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, Roma, 1909]

Pág 71, cap III,2: (...) mientras antes una disposición testamentaria podía ocasionalmente tener protección jurídica, en la medida en que la ley hubiese dado al testador la facultad de inserirla en el testamento, ahora, en homenaje a la voluntas testantium (voluntad de testar), cualquier disposición escrita por el testador debe observarse, mientras no sea torpe o expresamente prohibida por la ley (...).

En efecto, *voluntas testantium* queda ampliamente liberada, con el único límite de la licitud (que la voluntad del testador no vaya en contra de los usos y las buenas costumbres) y la legalidad (que las disposiciones testamentarias no estén expresamente prohibidas). De hecho, en mi opinión Justiniano fue sabio, sin perder toda esa formalidad que caracteriza el derecho romano consiguió desarrollar exponencialmente el principio más importante del derecho privado, la autonomía de la voluntad, y del derecho en general; se puede hacer todo aquello que la ley no prohíba.

Cuando estudiábamos el por qué de la prohibición y nos centrábamos en sus elementos estructurales más importantes, hablábamos en primer lugar de la condición. Dedujimos que la licitud de la misma se pone en duda cuando se fuerza a una persona (el heredero o todo aquel gravado con un legado) a actuar en contra de su voluntad.

El derecho justiniano no duda de la licitud de la pena cuando deroga la prohibición (CJ,6,41), y de hecho parece que si objetivo es asimilar los requisitos de la pena testamentaria a los de la condición, si bien en su siguiente artículo, deja en manos del testador la distinción entre pena o condición (D. 34, 6, 2).

En realidad, esto cumple perfectamente con esta tendencia de ampliar la *voluntas testantium*, y ¿Por qué no separar la pena de la condición, admitir su uso y limitarlo a

la licitud? En realidad, en la época de Justiniano, debido a la mayor supervisión de los jueces de las disposiciones testamentarias podíamos encontrar una viabilidad para una pena testamentaria “regulada” y “delimitada”.

Esto nos hace pensar que probablemente la prohibición clásica se basase especialmente en que las disposiciones *poena nomine* escapaban a la formalidad de las condiciones y esto dificultaba bastante su control.

Sin embargo, en el derecho imperial la rígida formalidad queda superada. por una mayor actividad de los jueces, que se encargan de que esta mayor libertad “encaje” en un marco jurídico.

Además, es muy probable que Justiniano pretendiese crear una figura propia separada de la condición, con características comunes, pero con un objeto distinto, aunque como observábamos antes, deja esta distinción en la voluntad del testador (D. 34, 6, 2).

Al estudiar la condición también hablamos de su carácter puramente potestativo, y de la imposibilidad de imponer un legado en esta forma, cuyo cumplimiento quede al *arbitrio* del heredero.

Por tanto, en un contexto de mayor libertad en materia testamentaria y especialmente en los legados, se producen una serie de consecuencias fruto de la abolición de la prohibición; principalmente la mayor diversidad de figuras testamentarias y un uso de éstas mucho más rico que en épocas anteriores, en las que la rígida formalidad se convertía en condición *sine qua non*, todo esto equilibrado con una participación mucho más activa de los jueces encargados de velar porque estos recursos se desarrollen conforme al ordenamiento y los usos sociales.

CONCLUSIONES

Lo que trato en este estudio es de esclarecer esa oscuridad que cierne sobre esta interesante figura de los legados penales. Como he mencionado con anterioridad, la derogación Justiniana de la prohibición sobre los mismos hace que la información sobre estos sea profundamente limitada y que las conclusiones que se van derivando se construyan en base a los pocos (y reducidos) textos que tratan la materia, al contexto en el que se van desarrollando y sobre todo, a una figura con la que comparte similitudes y características, la *stipulatio poena*, figura que, además, tiene un gran desarrollo en el derecho romano y que es de una gran importancia y actualidad, por encontrarse frecuentemente en los contratos civiles, a través de la cláusula penal (art. 1.152 ss, CC).

Primero, es importante ver el desarrollo a lo largo del derecho romano para intentar entender el por qué de la figura, su prohibición, y su “reinserción” en el ordenamiento.

Cuando se rompió esa rigidez en materia sucesoria con la introducción de los testamentos, por primera vez se vislumbra algo de autonomía y libertad para aquella persona que antes de fallecer, quiere dar un uso según su voluntad, de sus bienes y de su patrimonio una vez fallecido.

No es mucho después de los primitivos testamentos *calatis comitiis* e *in pro cinctu*, cuando aparece la figura del testamento mancipatorio, y como pieza

fundamental para precisar dentro del mismo la voluntad del testador aparece una nueva figura que se acaba convirtiendo en fundamental en el derecho sucesorio hasta hoy: los legados. Junto con los legados se empiezan a crear herramientas que amplíen aun más la voluntad del testador y que creen garantías para que esta se cumpla. Y es aquí, en el primitivo legado *per damnationem* de una suma de dinero, donde surgen las disposiciones *poena nomine*.

La verdadera duda y sobre la que más se intenta centrar este trabajo es en por qué, durante tanto tiempo, los legados a título de pena fueron prohibidos.

En mi opinión estos fueron una muy útil herramienta que garantizaba el cumplimiento de un legado.

No obstante, como gran parte de las figuras jurídicas intentó abarcar muchos más campos de los que debía, corrompiéndose y convirtiéndose en un instrumento para asegurarse post mortem un poder de control del testador (generalmente el *paterfamilias*) sobre todo aquel que se lucraba de la herencia, y desviándose así de la primigenia función del legado –de reparto de los bienes de la herencia– o de la más amplia alcanzada posteriormente, de beneficio a una persona distinta de los herederos. Como dije en la segunda parte, donde hablaba de la prohibición, puede que ésta se fundase principalmente en eso, en impedir que un legado quedase totalmente sin fundamento al convertirse en una coacción al heredero.

El primer argumento en el que he intentado justificar esta prohibición era el hecho de que se estuviese creando un legado bajo condición puramente potestativa. Marchi entre otros, también se basaron en tal circunstancia como fundamento de la prohibición.

El por qué ya ha sido desarrollado en otras partes del trabajo, pero es importante volver a subrayarlo: una obligación pactada por dos partes no puede dejar su cumplimiento al arbitrio de una, y aplicado por analogía a los legados la afirmación de Ulpiano sobre estipulaciones, “*no vale estipulación que se deja al arbitrio del promitente*”¹.

La otra reflexión sobre la prohibición no deja de ser más abstracta, aunque no sin fundamento, y comparte un poco la línea argumental de Grosso², y es que una pena civil nunca puede ser un elemento de coacción, un elemento que suponga una intimidación o incluso una amenaza.

Hoy en día está claro que no puede obligarse a un heredero a hacer algo en contra de su voluntad, bajo pena de reducir su parte de la herencia, pero ya se hace extraño que eso podía pasar en Roma existiendo un desarrollo normativo tan amplio en materia de protección del heredero (las leyes *Voconia*, *Furia* y *Falcidia*).

De hecho, en el derecho clásico perduró el antiguo legado de la *penus*, entendido como un legado de “opción”, aquel de alimentos y otros tantos con características no idénticas pero similares estas disposiciones penales.

Y aunque esto no pueda convertirse en una verdad absoluta, si se puede afirmar que la prioridad del jurista romano durante toda su historia, era que, en materia civil,

¹ D. 45, 1, 17: *stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata condicione*.

² GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale* (Torino 1962) 44 ss.

los recursos jurídicos no supusiesen un abuso y que las relaciones privadas (como es una sucesión) no se convirtiesen en situaciones de desequilibrio entre partes.

El propio Justiniano, aun permitiendo el uso de los legados penales, hace hincapié en la sujeción de toda pena y toda condición a la legalidad y la licitud.

En resumen, a mi parecer lo legados *poena nomine* fueron una figura que aunque útil no se supo adaptar a su época y no fue hasta siglos después donde consiguieron encontrar cabida, pero incluso no en la misma forma en la que fueron creados y he de decir, que he echado en falta un desarrollo normativo mayor de la derogación y de la figura como tal en el derecho justiniano.

Por mi parte, tal y como han sido concebidos no tendrían hueco en el ordenamiento civil actual, si bien aquellos que supongan una obligación de hacer o no hacer que no impliquen una intromisión en la voluntad de un heredero, podrían estudiarse.

BIBLIOGRAFÍA

BIONDI, *Contratto e stipulatio* (Milano 1953).

DOMINGO (ED.), *Textos de derecho romano* (Pamplona 2002).

GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale* (Torino 1962).

MARCHI, *Le disposizione testamentarie a titolo di pena*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»* 21(1909) 5-109.

MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani*. Storia di un testo (Camerino 1997).

D'ORS, *Las Quaestiones de Africano* (Roma 1997).

D'ORS, *Derecho Privado Romano*¹⁰ (Pamplona 2004).

D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*⁶ (Pamplona 2016).

RICCOBONO, *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, I² (Florentiae 1968).

SÁNCHEZ-COLLADO, *De penu legata* (Madrid 1999).

TALAMANCA, *Elementi privato di diritto romano* (Milano 2001).

Otros trabajos;

“*Análisis comparativo entre los testamentos actuales y los del Derecho Romano*” de Lorena Climent Escrivà (Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche).